

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 160

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, marzo veintidós (22) del año dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 81-736-31-89-001-2023-00052-01
RAD. INTERNO: 2023-00072
ACCIÓN: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: MARIA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES representada por
FRANCELINA FRANCISCA FUENTES GÓMEZ actuando
como agente oficiosa de su señora madre.
ACCIONADOS: NUEVA EPS-S Y OTRO
ASUNTO: IMPUGNACIÓN DE TUTELA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por la NUEVA EPS-S contra la sentencia del 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena¹, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales de la señora MARIA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES y dictó otras disposiciones.

ANTECEDENTES

La señora Francelina Francisca Fuentes Gómez, manifestó en el escrito de tutela², que actúa como agente oficiosa de su señora madre MARIA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, adulta mayor de 91 años, que está bajo su cuidado en el municipio de Tame, fue diagnosticada con demencia senil, incontinencia urinaria y otras enfermedades, razón por la cual el 21 de enero de este año el médico tratante le ordenó cuidador domiciliario por 24 horas durante un año, servicio que la NUEVA EPS no autorizó argumentando que no está disponible y debe decretarlo un fallo de tutela.

¹ Dr. Rafael Enrique Fontecha Barrera.

² Cdno digital del juzgado, ítem 1.

Señaló que no cuentan con los recursos necesarios para asumir el costo de dicho servicio ni los demás que se dispongan para el tratamiento de las patologías diagnosticadas a su progenitora, pues apenas subsisten.

Con fundamento en lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, para que como consecuencia de ello se ordene a la NUEVA EPS-S garantice de manera inmediata y sin dilaciones: (i) el servicio de cuidador domiciliario por 24 horas durante un año; (ii) el tratamiento integral que comprende todos los servicios médicos que requiera su progenitora por causa de sus patologías, se encuentren dentro o fuera del PBS.

Anexó a su escrito copia de: (i) cédula de ciudadanía de las dos mujeres³; (ii) orden médica e historia clínica del 21 de enero de 2023, expedidas por la IPS MYTSALUD⁴, e; (iii) índices de Barthel y Karnofsky y certificación de dependencia funcional, suscritos por el médico Marlon Bolívar ese mismo día⁵.

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto correspondió por reparto al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Tame el 31 de enero de 2023⁶, Despacho que la remitió a los juzgados del circuito de Saravena. Asignado el 1º de febrero de ese año al Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena⁷, su titular procedió de inmediato⁸ a: admitir la acción contra la NUEVA EPS-S y la IPS MYTSALUD; correrles traslado para el ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa, y; tener como pruebas las allegadas con la solicitud de amparo.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

1. La IPS MYTSALUD⁹ expresó, que en la última visita médico domiciliario realizada el 21 de enero del presente año se ordenó cuidador domiciliario por 24 horas durante un año a la señora MARIA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, cuya autorización se presentó a través de la

³ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 11.

⁴ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 12 a 14.

⁵ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 15 a 17.

⁶ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 18 a 21.

⁷ Cdno digital del juzgado, ítem 2.

⁸ Cdno digital del juzgado, ítem 3.

⁹ Cdno digital del juzgado, ítem 5.

Radicado: 2023-00052-01
 Acción de tutela – 2ª instancia-Impugnación
 Accionada: NUEVA EPS-S
 Accionante: María Emilia Gómez de Fuentes representada por
 Francelina Francisca Fuentes Gómez como agente oficiosa de su señora madre

oficina virtual con Radicado No. 5774948, sin perjuicio de los soportes entregados a los familiares, y; que la paciente cuenta con los servicios de terapias físicas, y el trabajo social domiciliario está a la espera de autorización por parte de la EPS.

2. La NUEVA EPS fue debidamente notificada y guardó silencio durante el término concedido para pronunciarse.¹⁰

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹¹

El Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena, mediante providencia del 15 de febrero de 2023, concedió la protección de los derechos fundamentales de la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, y en consecuencia dispuso:

"SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE y SUMINISTRE a la señora María Emilia Gómez de Fuentes, el servicio de cuidador domiciliario 24 horas diurnas durante el año 2023, conforme lo dispuesto por los respectivos médicos tratantes.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA que requiere la señora María Emilia Gómez de Fuentes, frente a sus diagnósticos de incontinencia urinaria no especificada, demencia vascular no especificada, hipertensión esencial primaria, catarata senil no especificada ceguera binocular y los que de los mismos se deriven, sin importar que se trate o no, de servicios PBS. "(subrayado del texto original)

Indicó el *a quo*, que la EPS-S accionada vulneró los derechos fundamentales de la señora GÓMEZ DE FUENTES, quien es sujeto especial de protección por su avanzada edad y grave estado de salud, al no prestarle el servicio de cuidador domiciliario, pues como consecuencia de la presunción de veracidad de los hechos expuestos en el escrito de tutela, en virtud del silencio guardado por la entidad responsable, debe entenderse que ni ella ni su núcleo familiar cuentan con recursos para asumir su valor.

Señaló que, en razón al grave estado de salud de la paciente y la negligencia de la NUEVA EPS, debe garantizarse el tratamiento integral, y; que no emitiría orden alguna respecto a la

¹⁰ Cdno digital del juzgado, ítem 4.

¹¹ Cdno digital del juzgado, ítem 6.

solicitud de reembolso, en cuanto se trata de un trámite administrativo que no es competencia del Juez constitucional.

IMPUGNACIÓN¹²

La NUEVA EPS, a través de escrito de impugnación del 21 de febrero de 2023, solicitó revocar la totalidad del fallo toda vez que: (i) el servicio de cuidador domiciliario no hace parte del plan de salud y corresponde a la familia asumir el cuidado de la paciente, y; (ii) la atención integral no procede en este caso ya que implica prejuzgar y asumir la mala fe de la entidad de salud.

De manera subsidiaria, pidió, adicionar la sentencia para que se ordene a la ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la entidad de salud en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para conocer la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena, fechado febrero 15 de 2023, conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991, cuyo conocimiento se asumirá, ya que dentro del término de ejecutoria la NUEVA EPS-S indicó oponerse a la decisión.

La acción de tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

¹² Cdno digital del juzgado, ítem 8.

1. Reiteración de la jurisprudencia constitucional

Señalará esta Colegiatura, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en forma reiterada ha sostenido, respecto a la salud y a la vida, que deben suprimirse las normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales que el Estado está en deber de proteger a toda persona para preservar su vida en condiciones dignas. Así lo expresó el máximo Tribunal de la Justicia Constitucional en la sentencia T- 1056 de octubre 4 de 2001, e indicó en posteriores decisiones que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ve afectada la salud del paciente¹³ y, por ello, enfáticamente precisó en la sentencia T-056 de 2015, que: *"la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud"*, de ahí que en la última decisión que viene de citarse el alto Tribunal resaltó la necesidad de hacer efectivo el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 constitucional, en cuanto, *"Ese principio constitucional presupone un mandato de especial protección en favor de "aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta"*, y a continuación anotó:

*"En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), **los adultos mayores** (Art. 46) **los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos** (Art. 47), **y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS**"*¹⁴. (Resalta la Sala)

Se refirió, entonces, la Corte al imperativo de la atención en salud de los sujetos de especial protección constitucional, como también lo ha hecho con respecto a la integralidad en el tratamiento médico, el que está asociado con la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante, por lo que específicamente expresó en la sentencia T-195 de marzo 23 de 2010, que dicha atención *"debe contener todo cuidado, suministro de medicamentos,*

¹³Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

¹⁴ Sentencia T-531 de 2009, T-322 de 2012

Radicado: 2023-00052-01
 Acción de tutela – 2ª instancia-Impugnación
 Accionada: NUEVA EPS-S
 Accionante: María Emilia Gómez de Fuentes representada por
 Francelina Francisca Fuentes Gómez como agente oficiosa de su señora madre

*intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, **así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente¹⁵ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud¹⁶*** (Resalta la Sala).

Así, destacó la Corte en la sentencia T-056 de 2015 el deber de atender los principios de integralidad y continuidad del servicio a la salud, precisando que: **"El principio de integralidad en salud se concreta en que el paciente reciba todos los servicios médicos (POS y no POS)¹⁷ que requiere para atender su enfermedad, de manera oportuna, eficiente y de alta calidad. Ello por cuanto el contenido del derecho a la salud no está limitado o restringido a las prestaciones incluidas en los planes obligatorios"**. De ahí que la Corte Constitucional ha recabado, que la materialización del principio de integralidad obliga a las entidades del sistema de salud a prestar a los pacientes toda la atención necesaria, sin necesidad de acudir para cada evento a acciones legales.

Recientemente la Corte Constitucional en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 precisó, que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, así como para garantizar el acceso efectivo.

2. El caso sometido a estudio.

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Corporación, tenemos, que la señora Francelina Francisca Fuentes Gómez interpuso acción de tutela contra la NUEVA EPS-S, en procura que garantice a su señora madre, MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, el servicio de cuidador domiciliario por 24 horas durante un año, así como el tratamiento integral con los medicamentos, exámenes y servicios que requiera en razón de sus enfermedades.

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004.

¹⁶ Sentencia T-1059 de 2006. Ver también: Sentencias T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007, entre otras.

¹⁷ Cabe reiterar que, como lo señaló la Corte en la sentencia T-091 de 2011, el *"principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, implica la obligación de brindar la atención completa en salud, con independencia que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios"*.

Radicado: 2023-00052-01
 Acción de tutela – 2ª instancia-Impugnación
 Accionada: NUEVA EPS-S
 Accionante: María Emilia Gómez de Fuentes representada por
 Francelina Francisca Fuentes Gómez como agente oficiosa de su señora madre

En virtud de los hechos precedentemente señalados y teniendo en cuenta la documental obrante en la actuación y la jurisprudencia previamente citada, se tiene, que: (i) la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES tiene 91 años de edad¹⁸; (ii) fue diagnosticada con "demencia vascular no especificada, hipertensión esencial (primaria), catarata senil no especificada, ceguera binocular e incontinencia urinario no especificada"¹⁹; (iii) presenta dependencia total²⁰ y requiere "gran atención, incluso de tipo médico"²¹; (iv) su médico tratante le ordenó el cuidador domiciliario por 24 horas durante un año²², servicio que no ha sido autorizado por la NUEVA EPS.

Asumido el conocimiento de la acción interpuesta, el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena profirió sentencia el 15 de febrero del año que transcurre, a través de la cual concedió el amparo de los derechos fundamentales de MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, y ordenó a la NUEVA EPS garantizarle el servicio de cuidador domiciliario por 24 horas diarias durante un año y la atención médica integral, ininterrumpida, eficaz y prioritaria de las patologías objeto de la presente acción.

La anterior decisión generó la inconformidad de la EPS, quien la impugnó solicitando revocar la totalidad el fallo, toda vez que el servicio de cuidador no hace parte del plan de salud y le corresponde a la familia asumir el cuidado de la paciente, y la atención integral no procede en este caso ya que implica prejuzgar y asumir la mala fe de la entidad de salud. En esa oportunidad, informó, que la paciente ostenta la condición de pensionada y pertenece al régimen contributivo de salud con un IBC de un millón ciento sesenta mil pesos.²³

Previo a resolver estos cuestionamientos, la Sala considera que la acción de tutela presentada es procedente en razón a que cumple con los requisitos básicos exigidos por el ordenamiento jurídico, a saber: (i) fue interpuesta por Francelina Francisca Fuentes Gómez, en calidad de agente oficiosa²⁴ de su progenitora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, quien no puede agenciar por sí misma sus derechos atendida su edad y condición física²⁵; (ii) se presentó en

¹⁸ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 12. Fecha de Nacimiento 3-agosto-1931.

¹⁹ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 13, historia clínica (notas complementarias) del 21 de enero de 2023.

²⁰ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 15 y 17, índice de Barthel y certificación de dependencia funcional del 21 de enero de 2023.

²¹ Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 16, índice de Barthel y certificación de dependencia funcional del 21 de enero de 2023

²² Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 12, orden medica del 21 de enero de 2023.

²³ Cdno digital del juzgado, ítem 8, fl. 3.

²⁴ La Corte Constitucional ha considerado que la existencia de la agencia oficiosa exige observar: (i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal, y (ii) que se evidencie que el titular del derecho fundamental no está en condiciones para promover su propia defensa. Además, las acciones de tutela presentadas por familiares de personas en condición de vulnerabilidad cumplen el requisito de legitimación en la causa con la figura de la agencia oficiosa. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-424 de 2018 y T-061 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁵ Entre otras cosas, sufre de ceguera y dependencia total.

contra²⁶ de una entidad que presta el servicio público de salud²⁷, NUEVA EPS, que ha omitido autorizar y suministrar el servicio de cuidador domiciliario que el médico tratante ordenó para el cuidado de su progenitora; (iii) a través de la acción se reclama la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, y; (iv) la señora GÓMEZ DE FUENTES es sujeto de especial protección constitucional tanto por tratarse de una adulta mayor, con 91 años, como por los múltiples padecimientos de salud y la situación de discapacidad física y dependencia total en la que se encuentra.

2.1 El servicio de cuidador domiciliario durante 24 horas diarias.

Para la decisión a adoptar ha de considerarse la historia clínica allegada, la prescripción impartida por el médico de IPS MYTSALUD el 21 de enero de la presente anualidad, la edad de la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, su estado de postración, dependencia total y las múltiples patologías que padece, circunstancias que la hacen sujeto de especial protección constitucional, así como lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T- 417²⁸, T-239²⁹ y T-423 de 2019³⁰, donde se ampararon los derechos fundamentales invocados, se ordenó el suministro de pañales desechables, silla de ruedas y servicio de enfermería y/o cuidador domiciliario señalados por el galeno, y la alta Corporación dispuso:

*"Las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: **(i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.** En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas" (Negrilla fuera del Texto).*

²⁶ La Corte considera que este requisito se acredita cuando la tutela se interpone contra particulares que, según el Decreto 2591 de 1991, prestan servicios públicos, o cuando existe una relación de indefensión o subordinación. Al respecto se encuentra, entre otras, la Sentencia T-430 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁷ El inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad encargada de la prestación del servicio público de salud, como es el caso de la NUEVA EPS.

²⁸ M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger

²⁹ M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos

³⁰ M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Radicado: 2023-00052-01
 Acción de tutela – 2ª instancia-Impugnación
 Accionada: NUEVA EPS-S
 Accionante: María Emilia Gómez de Fuentes representada por
 Francelina Francisca Fuentes Gómez como agente oficiosa de su señora madre

*"Ha sido reconocido en forma insistente por parte de esta Corporación que el suministro de pañales, sillas de ruedas, cremas o colchones anti-escara, si bien no pueden ser concebidos stictu sensu como servicios médicos o que tienen una relación directa con la recuperación del estado de salud de los pacientes, **se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia** y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales"(negrilla fuera de texto).³¹*

El máximo Tribunal Constitucional ha indicado, que la atención domiciliaria es *una "modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia"*³², y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)³³, al punto que en la sentencia T-015 del 2021³⁴ el alto Tribunal señaló:

*"En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.³⁵ ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.³⁶ iii) **Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,**³⁵ como se explica a continuación.*

De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.³⁸ En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,³⁹ pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

*Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, **la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser***

³¹ Sentencia T-528 de 2019, MP Dr. José Fernando Reyes Cuartas

³² Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud

³³ El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.

³⁴ M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera

³⁵ Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T- 414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Radicado: 2023-00052-01
 Acción de tutela – 2ª instancia-Impugnación
 Accionada: NUEVA EPS-S
 Accionante: María Emilia Gómez de Fuentes representada por
 Francelina Francisca Fuentes Gómez como agente oficiosa de su señora madre

materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.³⁶

*En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias **en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.***” (Resalta la Sala)

Así las cosas, ha de considerarse en este caso, que el servicio de *cuidador domiciliario por 24 horas durante un año* tiene como fin menguar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la señora GÓMEZ DE FUENTES, debido a la afectación crítica de su salud, y permitirle una vida en condiciones dignas, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Igualmente, sus familiares están imposibilitados materialmente para asumir la ayuda como cuidadores, ya que Francelina Francisca Fuentes Gómez afirmó que vive con ella y apenas tienen acceso a los medios básicos de subsistencia, sin que la NUEVA EPS haya desvirtuado tal situación conforme a la inversión de la carga de la prueba concebida por la Corte Constitucional en asuntos de esta índole.³⁷

Esta imposibilidad material no se desdibuja porque MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES ostente la condición de pensionada, pues la suma que percibe corresponde a un salario mínimo y el costo de los servicios de salud que requiere, entre ellos el de cuidador domiciliario, supondrían una carga excesiva por su carácter permanente, atendida su condición de dependencia total y las graves enfermedades que la aquejan.

Considera, entonces, esta Corporación que la NUEVA EPS debe garantizar el servicio de cuidador domiciliario a la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES, decisión que por lo tanto se confirmará.

³⁶ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas y T-260 de 2020 M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera

³⁷ Sentencia T-678 de 2014

2.2. El tratamiento integral.

Siendo que a través de la presente tutela se pretende que la NUEVA EPS responda por el tratamiento integral requerido por la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES para la atención de su patologías de *"demencia vascular no especificada, hipertensión esencial (primaria), catarata senil no especificada, ceguera binocular e incontinencia urinario no especificada"*, y; que el fallo de primera instancia dispuso que la NUEVA EPS deberá proporcionar los demás exámenes, procedimientos, intervenciones quirúrgicas, controles con especialistas, medicamentos, insumos, remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de su salud con ocasión del diagnóstico objeto de la presente acción, ha de considerarse en primer lugar lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias T-171 de 2018, T-010 de 2019 y T-228 de 2020 sobre el principio de integralidad.

Al respecto el alto Tribunal señaló, que la atención integral opera en el sistema de salud no sólo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para permitirle sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, así como para garantizarle el acceso efectivo a la seguridad social en salud, que conforme la sentencia T-081 de 2019 depende de varios factores, tales como: (i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) que la EPS haya actuado con negligencia, procedido en forma dilatoria y fuera de un término razonable, y; (iii) que con ello la EPS lo hubiera puesto en riesgo al prolongar *"su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte"*.

En este caso, considera la Sala que es evidente la negligencia de la Nueva EPS, pues se niega a suministrar el *servicio de cuidador domiciliario por 24 horas durante un año*, ordenado a la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES por su médico tratante, desde el 21 de enero de la presente anualidad.

En este orden de ideas, frente a su diagnóstico y pronóstico la señora MARÍA EMILIA GÓMEZ DE FUENTES está obligada a continuar con controles, terapias y exámenes para sobrellevar su enfermedad y mantener una salud que le permita vivir en condiciones dignas, y atendida

la ostensible negativa de la Nueva EPS a suministrarle lo necesario, acertada resulta la orden de atención integral impartida por el juez de primera instancia, que también se confirmará.

2.3. El recobro de los servicios y procedimientos fuera del PBS.

Es preciso aclarar, que antes de la expedición de la resolución No. 205 de 2020 se pagaban por demanda con cargo a recursos de impuestos generales y contribuciones administradas por la ADRES; sin embargo, desde el 17 de febrero de 2020, con la emisión de dicha normativa que reglamentó el canon 240 de la ley 1955 de 2019, se adoptó la metodología de calcular y girar previamente el presupuesto máximo que tendrá cada EPS para subvencionar los servicios no financiados con recursos de la UPC y no excluidos³⁸.

Es decir, que a partir de su vigencia, esto es del 1º de marzo 2020, las EPS sin importar su régimen (*subsidiado o contributivo*) cuentan con los recursos para financiar todos los servicios autorizados que no se encuentren excluidos de la financiación del Sistema General de Salud Social en Salud (SGSSS), modificando dicha facultad de recobro, pues esta solo se permite para: (i) medicamentos clasificados por el Invima como vitales no disponibles; (ii) para aquellos adquiridos a través de compras centralizadas, y; (iii) los que requiera la persona diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana en el año 2020.

Entonces, para el caso que ocupa la atención de la Sala, con la aprobación del denominado "*presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC*", regulado en las Resoluciones 205 y 206 de 2020 y 043 de enero 21 de 2021, dichos servicios deben ser suministrados *exclusivamente* por la EPS sin que para ello deba autorizarse el recobro, como equivocadamente lo solicita la NUEVA EPS, pues precisamente dichas normas acaban con esa facultad, cambiando así la forma como se venían pagando los servicios de salud (*medicamentos, procedimientos, etc.*) NO PBS.

2.4. Conclusión

De conformidad con las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena.

³⁸ En el acápite de supuestos jurídicos, se insertó una nota al pie para indicar cuales son los servicios excluidos del SGSSS.

Radicado: 2023-00052-01
Acción de tutela – 2ª instancia-impugnación
Accionada: NUEVA EPS-S
Accionante: María Emilia Gómez de Fuentes representada por
Francelina Francisca Fuentes Gómez como agente oficiosa de su señora madre

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena, de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de la decisión.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVÍESE el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente


ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada


LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada